Note d'information sur la Commande publique et le développement local : l'allotissement et le droit de préférence

Le rôle essentiel des PME indépendantes dans le maintien d'un tissu économique et social local dynamique n'est plus à démontrer. Il a été souligné à de nombreuses reprises par l'ensemble des acteurs politiques et les élus locaux en sont les premiers témoins.

Dans les périodes de crise comme celle que nous vivons actuellement, les PME indépendantes ont incontestablement assuré une fonction d'amortisseur social, par l'attention qu'elles portent naturellement au maintien en activité de leur personnel, et par là même ont contribué à la résistance économique des territoires.

Dans le secteur du Bâtiment et des Travaux Publics en particulier, marqué par une forte concentration puisque 3 acteurs dominants tendent à exercer un oligopole de fait en couvrant l'ensemble du territoire et des spécialités au travers de leurs agences et filiales, les PME indépendantes assurent en outre un minimum de concurrence sans laquelle les décideurs, publics comme privés, verraient le choix de leurs prestataires considérablement réduit, voire nul. C'est déjà largement le cas pour les grands travaux d'infrastructure, où les « majors » se partagent dans les faits les marchés, avec les conséquences que l'on peut imaginer au niveau financier.

Au niveau de la commande publique, les différentes études effectuées montrent que la part des PME indépendantes, hors sous-traitance, reste bien inférieure à leur représentativité en termes de valeur ajoutée comme d'emploi.

Au sein des PME indépendantes, les Sociétés Coopératives de Production (SCOP), par leurs caractéristiques juridiques, présentent des atouts spécifiques :

- Contrôlées par leurs salariés associés, elles offrent la garantie que les décisions seront prises à l'échelon local, avec la conscience que le devenir de l'entreprise est inséparable de celui de son environnement proche.
- La répartition de leurs résultats, dont une partie - généralement un tiers - vient abonder des réserves impartageables, constitue un gage de pérennité de l'entreprise.
- Les SCOP ne peuvent ainsi être ni vendues, **ni délocalisées**, alors que par ailleurs le statut SCOP s'avère être un outil très efficace pour assurer la transmission, par cession à ses salariés, d'entreprises familiales en mal de repreneur. **Le département de l'Ariège en est un exemple vivant, avec plusieurs opérations menées avec succès ces dernières années**.

Le Code des marchés publics met à la disposition des décideurs plusieurs outils pour assurer un meilleur accès à la commande publique des PME indépendantes et des SCOP en particulier.

1. L'allotissement

L'article 10 du Code des Marchés Publics en vigueur impose, sauf exception dûment justifiée, de décomposer les opérations en lots séparés faisant l'objet d'une mise en concurrence distincte : il s'agit de mettre à égalité les PME et les entreprises générales, à qui rien n'interdit d'ailleurs de répondre pour la totalité des lots (mais le Code précise expressément que le jugement des offres doit toujours être effectué lot par lot).
L'allotissement, dont le Code lui-même souligne qu'il a pour objectif premier de susciter une plus large concurrence, permettra ainsi d'obtenir globalement la solution économiquement la plus avantageuse.

2. Le droit de préférence

L'article 53-IV du Code des Marchés Publics prévoit un droit de préférence au profit des SCOP (mais aussi des artisans et d'autres bénéficiaires). Ce droit s'appliquera à égalité de prix, lorsque celui-ci est le seul critère de choix, ou à équivalence d'offre lorsque le jugement des offres s'effectue à partir de plusieurs critères, ce qui est le cas des marchés de Bâtiment ou de Travaux Publics, pour lesquels le règlement de la consultation prévoit généralement un classement des soumissions à partir du prix et de la valeur technique de l'offre.

Il ne s'agit donc pas pour le décideur de retenir une offre sans pertinence économique, puisqu'il est bien évidemment garant d'un bon usage des deniers publics, mais simplement, lorsque plusieurs offres sont également valables, de choisir celle présentée par un candidat visé par l'article 53-IV du Code.

Le Code ne précise pas ce qu'il faut entendre par équivalence d'offres, mais d'autres textes sont venus donner aux pouvoirs adjudicateurs des éléments précieux d'appréciation. C'est notamment le cas d'un Guide édité sous l'égide du Ministère de l'Economie et des Finances qui considère qu'un écart dans la notation des offres inférieur à 10% par rapport à l'offre la mieux classée peut être retenu.

Les décideurs publics, lorsqu'ils sont en position de pouvoir adjudicateur, disposent donc, avec l'allotissement et le droit de préférence en faveur des SCOP, d'outils les autorisant, en toute sécurité juridique et dans le respect d'un bon usage des deniers publics, à contribuer, lorsque l'occasion leur en est donnée, à la pérennité et au développement d'entreprises solidement enracinées dans le tissu local.

Droit de préférence, mode d'emploi

L'article 53-IV-1 du Code des Marchés Publics institue un droit de préférence au profit des SCOP, avec deux modalités d'application.

Le droit de préférence général : article 53-IV-1

L'article 53-IV-1 prévoit un droit de préférence général au profit des SCOP à égalité de prix ou à équivalence d'offres lorsque, au terme du jugement des soumissions, deux ou plusieurs de celles-ci ne peuvent être départagées.

- L'égalité de prix s'appliquera quand, conformément au 3ème alinéa de l'article 53-I-2, le prix est le seul critère retenu par la personne publique. Ce pourra notamment être le cas lorsque la mise en concurrence s'effectue sur la base de coefficients applicables à des bordereaux de prix, et où il est tout a fait envisageable que plusieurs entreprises proposent un coefficient identique.
- L'équivalence d'offres s'appliquera à la très grande majorité des consultations, quand le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse se fonde sur un ensemble de critères pondérés, conformément au 4ème alinéa de l'article 53-I-1. Rappelons que la récente jurisprudence tend à restreindre considérablement la faculté, pour la personne publique, d'écarter la pondération en se limitant à une hiérarchisation des offres.
  Après notation des différents critères préalablement fixés, et prise en compte de la pondération retenue, plusieurs offres peuvent obtenir une note finale identique, l'avantage au niveau du critère « prix » de l'une étant par exemple compensé par une meilleure appréciation de la valeur technique de l'offre de l'autre.
  Entre ces offres « ex-aequo », la personne publique doit donner la préférence au candidat bénéficiaire de l'article 53-IV-1.

Notons que la référence à l'article 53-IV-1 n'a pas à figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ni dans le règlement de la consultation puisqu'il s'agit d'une disposition générale d'ordre public.

Le droit de préférence sur un quart des prestations : l'article 53-IV-2

Le droit de préférence ne peut bien évidemment s'appliquer que dans la mesure où **la coopérative présente bien les capacités techniques et financières de répondre au marché**. Or l'importance de celui-ci peut le rendre hors de portée des petites entreprises.
C'est pour répondre à cette difficulté que l'article 53-IV-2 a prévu que, lorsqu'une partie des prestations d'une opération donnée peut être exécutée par ces petites entreprises, un quart de celles-ci devront faire l'objet d'un lot distinct sur lequel les entités énumérées à l'article 53-IV-2 pourront faire valoir un droit de préférence, s'il apparaît bien sûr, comme expliqué plus haut, que leur offre est équivalente à celles des autres soumissionnaires.
Cette disposition, à l'origine prévue essentiellement pour favoriser l'accès des artisans à la commande publique, a été étendue aux SCOP dans le Code des Marchés Publics issu de la réforme de 2004.
La collectivité publique pourra indiquer dans les documents de la consultation que le lot concerné est soumis à l'article 53-IV-2 du Code.

Notion d'équivalence d'offres

Si le Code des Marchés Publics ne définit pas ce qu'il faut entendre par équivalence d'offres, plusieurs autres textes sont venus apporter des précisions bienvenues.
Le décret n°2009-193 du 18 Février 2009 pris en app lication de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie précise en effet :
« Des offres sont regardées comme équivalentes au sens de ces dispositions :
1 S'il est procédé à leur pondération chiffrée, lorsque l'écart du nombre de points obtenus par rapport à l'offre la mieux classée n'excède pas 10% ;
2 S'il est procédé par hiérarchisation des critères, lorsque après l'application du ou des précédents critères, l'écart de prix entre les offres restantes n'excède pas 10%. »
La « Notice d'Information relative aux achats socio-responsables » publiée par le GEM-DD en juillet 2009 a précisé que cette définition de l'équivalence d'offre est utilisable dans le cadre de l'article 53-IV du Code des Marchés Publics.

Article 53-IV du Code des Marchés Publics

1 – Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou des entreprises adaptées.

2 – Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous les autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

3 – Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.

Notice d'information relative aux achats publics socio-responsables

Groupe d'étude des marchés de développement durable
(GEM DD)
Juillet 2009

3.3 Accès facilité des PME, des entreprises de l'économie sociale et solidaire, de l'insertion par l'économie et du secteur adapté

3.3.1 Définition des structures précipitées

La loi française de modernisation de l'économie du 4 Août 2008 (Parution au JO du 20/02 du décret n°2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour la passation des marchés permet d'accorder un « traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes » aux PME innovantes ou de leur réserver une partie des marchés de recherche et développement, de hautes technologies ou d'études technologiques, d'un montant inférieur aux seuils de procédures formalisées.

Cette loi donne **une définition de l'équivalence des offres (utilisable aussi dans le cadre de l'article 53.4 du CMP)** :

« Le prix ne peut être le critère d'attribution exclusif, ni même principal. Des offres sont regardées comme équivalentes au sens de ces dispositions :
1° S'il est procédé à leur pondération chiffrée, lorsque l'écart du nombre de points obtenus par rapport à l'offre la mieux classée n'excède pas 10% ;
2°S'il est procédé par hiérarchisation des critères, lorsque après application du ou des précédents critères, l'écart de prix entre les offres restantes n'excède pas 10%. »

L'article 53.4 du CMP concernant les marchés de travaux, fournitures ou services permet d'attribuer un marché, à équivalence d'offres, « aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux **sociétés coopératives ouvrières de production** ou à des entreprises adaptées, dans la limite du quart du montant de ces prestations, de préférence à tous les autres candidats ». Mais en pratique, cette possibilité était très peu utilisée. Cette nouvelle définition de l'équivalence devrait permettre une utilisation plus répandue.